



Roj: **SAP PO 1027/2003 - ECLI: ES:APPO:2003:1027**

Id Cendoj: **36057370022003100074**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vigo**

Sección: **2**

Fecha: **18/03/2003**

Nº de Recurso: **180/2002**

Nº de Resolución: **71/2003**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA JESUS GONZALEZ REBOLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00071/2003

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION SEGUNDA

PONTEVEDRA

Rollo: RECURSO DE APELACION 180/2002

Ilmos. Sres. Magistrados:

Presidente:

D. JOSE JUAN RAMON BARREIRO PRADO.

Magistrados:

D^a ANGELA IRENE DOMINGUEZ VIGUERA FERNANDEZ

D^a MARIA JESUS GONZÁLEZ REBOLO

SENTENCIA N° 71

En PONTEVEDRA, a dieciocho de Marzo de dos mil tres.

En el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en los autos del proceso civil número 13/00, procedente del JDO. 1. INSTANCIA E INSTRUCCION NÚM. 2 DE TUI, y promovido entre las partes, de una como apelante y demandando D. Jesús Carlos (como DIRECCION000 de la Agencia de Viajes Lago), y apelante y demandado VIAJES SOLTOUR SA., y de otra como apelado y demandante D. Humberto , en el Juicio de menor cuantía, sobre acción de responsabilidad contractual Ley 21/1995.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: En los autos a que este rollo se refiere, en fecha 3 de mayo de 2002, el Jdo. 1. Instancia e Instrucción núm. 2 de Tui, dictó Sentencia, cuyo FALLO textualmente dice: "Que estimando parcialmente la demanda promovida por la procuradora Sra. Bugarín Saracho, en nombre y representación de D. Humberto , contra D. Jesús Carlos , representado por el procurador Sr. Señoráns Arca, y la AGENCIA DE VIAJES SOLTOUR SA., representada por la Procuradora Sra. Cela Rivas, debo condenar y condeno a dichos demandados a que conjunta y solidariamente abonen al actor la cantidad de VEINTIOCHO MIL OCHOCIENTOS VEINTICUATRO EUROS CON UN CÉNTIMO DE EURO (28.824,01 euros) o CUATRO MILLONES SETECIENTAS NOVENTA Y CINCO MIL NOVECIENTAS VEINTICINCO PESETAS (4.795.925 pesetas), más los intereses legales.



En cuanto a las costas, cada parte pagará las causadas a su instancia y las que sean comunes por partes iguales.

Y contra dicha Sentencia, por la parte demandada Jesús Carlos y por la también demandada VIAJES SOLTOUTOUR SA. se interpusieron recursos de apelación al amparo de lo dispuesto en el artículo 455 y siguientes de la LEC 1/2000, de 7 de enero, formalizando oposición la parte apelada al recurso presentado por Viajes Soltour SA, y remitiéndose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

Solicitado por la parte apelante-demandada D. Jesús Carlos el recibimiento de los autos a prueba en esta segunda instancia, con fecha 10 de enero de 2003 se dictó auto denegando la misma y señalando el día 19 de febrero de 2003 para deliberación, votación y fallo del recurso.

SEGUNDO: En la tramitación de esta instancia se han cumplido las prescripciones y términos legales, siendo Ponente la Magistrada Suplente DOÑA MARIA JESUS GONZÁLEZ REBOLO, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. En el presente recurso de apelación dimanante de acción de responsabilidad contractual, solicitan los demandados-apelantes la revocación de la sentencia de instancia y la desestimación íntegra de la demanda contra ellos interpuesta.

En los autos ha resultado acreditado que el demandante concertó para él, su esposa y su hija, a través de la Agencia de Viajes minorista J. A. Lago, un viaje a la República Dominicana con salida el día 26 de Agosto de 1996 y regreso el 3 de Septiembre del mismo año, organizado por la Agencia mayorista Viajes Soltour SA. El viaje cuyo destino era la ciudad de Bahía Príncipe incluía transporte, estancia y manutención en el sistema de "todo incluido" en el complejo hotelero denominado Club Bahía Príncipe.

Asimismo ha resultado acreditado que el día 30 de Agosto del citado año, después de llegar al lugar de destino, el actor, ciego de nacimiento, estaba tomando un baño en la playa que se encuentra dentro del recinto del hotel cuando fue atacado por un animal marino que le ocasionó importantes lesiones en la pierna y mano derechas, de las que fue atendido inicialmente en un centro hospitalario de Puerto Plata, regresando al día siguiente a Vigo junto con su familia donde continuó el tratamiento.

SEGUNDO. Resulta de aplicación en el presente caso la ley 21/1995 de 6 de julio reguladora de los viajes combinados, que en su art. 11 dispone lo siguiente:

"Art.11. Responsabilidad de los organizadores y detallistas.

1. Los organizadores y los detallistas de viajes combinados responderán frente al consumidor, en función de las obligaciones que les correspondan por su ámbito respectivo de gestión del viaje combinado, del correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, con independencia de que éstas las deban ejecutar ellos mismos u otros prestadores de servicios, sin perjuicio del derecho de los organizadores y detallistas a actuar contra dichos prestadores de servicios. La responsabilidad será solidaria cuando concurren conjuntamente en el contrato diferentes organizadores o detallistas, cualquiera que sea su clase y las relaciones que existan entre ellos.

2. Los organizadores y detallistas de viajes combinados responderán asimismo de los daños sufridos por el consumidor como consecuencia de la no ejecución o ejecución deficiente del contrato. Dicha responsabilidad cesará cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que los defectos observados en la ejecución del contrato sean imputables al consumidor.

b) Que dichos defectos sean imputables a un tercero ajeno al suministro de las prestaciones previstas en el contrato y revistan un carácter imprevisible o insuperable.

c) Que los defectos aludidos se deban a motivos de fuerza mayor, entendiendo por tales aquellas circunstancias ajenas a quienes las invoca, anormales e imprevisibles, cuyas consecuencias no habrían podido evitarse, a pesar de haber actuado con la diligencia debida.

d) Que los defectos se deban a un acontecimiento que el detallista o, en su caso, el organizador, a pesar de haber puesto toda la diligencia necesaria, no podía prever ni superar.

En los supuestos de exclusión de responsabilidad por darse alguna de las circunstancias previstas en los apartados b), c), y d), el organizador y el detallista que sean parte en el contrato estarán obligados, no obstante, a prestar la necesaria asistencia al consumidor que se encuentre en dificultades.



3. El resarcimiento de los daños que resulten del incumplimiento o de la mala ejecución de las prestaciones incluidas en el viaje combinado quedará limitado con arreglo a lo previsto en los convenios internacionales reguladores de dichas prestaciones.

4. No podrán establecerse excepciones mediante cláusula contractual a lo previsto en los apartados 1 y 2 del presente artículo."

Del precepto transcrito se desprende por un lado que en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la prestación por parte de alguno de los prestadores de servicios que intervienen en el viaje combinado, el consumidor podrá dirigirse directamente contra la Agencia organizadora y/o detallista (sin perjuicio de las acciones de repetición de éstas contra los prestadores de servicios); y por otro lado que la responsabilidad por los daños sufridos por el consumidor como consecuencia de la no ejecución o ejecución deficiente del contrato tiene un carácter cuasiobjetivo ya que únicamente cesará en los concretos supuestos previstos por la ley.

TERCERO. Por lo que respecta al recurso interpuesto por la codemandada Viajes Soltour SA., alega esta entidad en primer lugar que el accidente tuvo lugar en una zona de dominio público y que por tanto quedaría fuera de la órbita de la relación contractual suscrita entre las partes.

Sin embargo en los diversos folletos informativos del viaje aportados a los autos se contiene una descripción de las principales características del complejo hotelero "Club Bahía Príncipe", en concreto se hace constar que "El Club está pensado para el descanso y la diversión en un exuberante entorno tropical de más de 1.500.000 m2 y sobre una playa privada de 5 Km de longitud..." disponiendo de "820 habitaciones dobles distribuidas en villas entre cocoteros y a una distancia de 20-100 m de la playa..." e igualmente se presenta una amplia oferta de ocio que incluye un gran número de deportes y actividades acuáticas como windsurf, catamarán, iniciación al buceo, esquí acuático, etc, además de bares y restaurantes en la playa. Asimismo en la propia declaración testifical del delegado de Soltour D. Jose Miguel (F. 362) se hace constar que "la playa que se encuentra dentro de los límites del Hotel es de uso exclusivo de los clientes del mismo; para los no clientes del Hotel entrar a la playa deben utilizar otras vías que no sea directamente por el Hotel".

De todo ello se desprende que el accidente de litis no puede considerarse fuera de la relación contractual existente entre las partes sino que por el contrario, constituyendo la playa el principal reclamo turístico del hotel, hayándose comprendida dentro de su recinto y siendo su uso exclusivo para los clientes del mismo; al hotel le resulta exigible (art. 1258 CC) la adopción de las medidas necesarias para garantizar la seguridad de sus clientes en el uso de la playa. Ha de concluirse, por tanto, que el accidente tuvo lugar dentro de la órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial; por lo que en base a lo establecido en el art. 11.2 LVC, los daños sufridos por el actor resultan imputables al hotel por ejecución deficiente del contrato (y por ende de ellos deberá responder frente al actor la agencia recurrente sin perjuicio de su acción de repetición) a menos que la causa de dichos daños se encuadre en alguno de los supuestos que según el precepto transcrito constituyen una extinción de esta responsabilidad.

En este sentido alega la recurrente la concurrencia en el presente caso de un supuesto de fuerza mayor o caso fortuito que según los supuestos c) y d) del Núm 2 del art. 11 de la LVC supondrían el cese de la responsabilidad.

Sin embargo, la presencia de animales peligrosos en el agua no puede considerarse como un suceso imprevisible para la empresa hotelera, máxime cuando ya en el propio folleto turístico se hace constar que la playa se encuentra "protegida" por un arrecife de coral. Asimismo, tal como establece la sentencia recurrida, lo sucedido pone de manifiesto la insuficiencia de las medidas de seguridad adoptadas por el hotel, puesto que el animal marino que lesionó al actor no sólo pudo atravesar la barrera de coral que supuestamente protegía la playa sino también llegar cerca de la orilla donde se estaba bañando el actor sin que los socorristas con los que supuestamente contaba el hotel, según la agencia recurrente, advirtieran oportunamente la presencia del animal en la playa, lo que hubiera podido evitar el daño sufrido por el actor. No se dan por tanto las notas de imprevisibilidad e inevitabilidad exigidas; sin que, por lo demás, pueda considerarse suficientemente acreditada la existencia de conducta imprudente por parte del actor en base a la presencia de señales ópticas en la playa que advertían de peligro, no sólo porque dichas señales nunca podrían ser percibidas por el actor dada su ceguera, sino fundamentalmente porque los testigos presenciales del accidente que declaran en los autos manifiestan que no existía en la playa indicación alguna que advirtiera del peligro (Dña Ana María, Dña Catalina, Dña Gabriela, Dña Olga), manifestando además la testigo Dña Olga que fue al día siguiente del accidente cuando se colocó una bandera de peligro en la playa.

Por último en relación a la cuantificación de la indemnización correspondiente, tal como establece la sentencia recurrida, existen en los autos dos informes periciales relativos a la valoración de los daños corporales sufridos por el actor, uno aportado por éste con su demanda y el otro emitido en fase probatoria por la perito designada judicialmente, resultando procedente atenerse a éste último al presentar mayores garantías de objetividad,



sin que la alegación del recurrente relativa a la supuesta relación de parentesco entre esta perito y la parte actora deba ser tenida en cuenta en este momento procesal. Igualmente resulta procedente incluir en la indemnización el importe de los viajes abonados y no disfrutados por el actor y su familia como recoge la sentencia recurrida a la que nos remitimos en este punto.

CUARTO. En cuanto al recurso interpuesto por la Agencia de Viajes minorista J. A. Lago, argumenta esta entidad que el art. 11 de la LVC no establece una responsabilidad solidaria entre la agencia mayorista y minorista frente al consumidor sino que establece una distribución de la responsabilidad entre ambas en función de las obligaciones que les correspondan por su ámbito respectivo de gestión del viaje combinado y que en el caso que nos ocupa el viaje fue organizado, preparado y publicitado por la Agencia mayorista apareciendo la Agencia de Viajes J. A. Lago como una mera intermediaria. Igualmente alega la recurrente que a través del documento privado aportado a F.89 y ss la agencia mayorista SOLTOUR exoneraba a la agencia detallista Viajes J. A. Lago de cualquier responsabilidad que para ésta pudiera derivarse de la contratación en su agencia de viajes programados y organizados por SOLTOUR.

Al respecto ha de citarse la S. TS de 23-Julio-2001, a cuyo tenor: "... Sustancialmente se alega en el motivo que la ahora recurrente "Viajes Tivoli SA.", agencia de viajes minorista, actuaba como comisionista de la mayorista "Julia Tours SA." de forma manifiesta, por lo que no quedaba obligado directamente frente a las personas con quienes contrató el viaje ofertado por la mayorista.

El art. 3, párrafo segundo de la Orden de 14 de abril de 1988, al establecer las clases de agencias de viaje y las actividades que realizan dentro del sector que regula, califica a la agencia minorista como aquellas que o bien comercializan el producto de las Agencias mayoristas vendiendo directamente al usuario o consumidor, o bien proyectan, elaboran, organizan y/o venden toda clase de servicios y paquetes turísticos directamente al usuario, no pudiendo ofrecer sus productos a otras agencias. De esta caracterización de la actividad que las agencias minoristas realizan en el tráfico turístico, se pone de manifiesto que éstas no actúan como comisionistas o mandatarias de las agencias mayoristas sino que venden directamente al usuario o consumidor los productos creados por las agencias mayoristas que, de acuerdo con el citado art. 3, párrafo primero, no pueden ofrecer sus productos al usuario o consumidor. La actividad de intermediación en esta clase de tráfico mercantil de las agencias minoristas deriva de una regulación legal que así la impone y no de un contrato de comisión entre el comitente, la agencia mayorista, y el comisionista, la agencia minorista; en conclusión, la relación existente entre la agencia minorista y el usuario es la propia derivada de un contrato de compraventa, actuando la agencia como vendedora, en nombre y por cuenta propia, de los productos creados por ella o por una tercera agencia mayorista.» Siguiendo el argumento de la citada sentencia, en el presente caso, la responsabilidad de la agencia detallista se derivaría de su condición de parte en el contrato suscrito con el actor, en el cual se obligó en nombre propio como vendedora del viaje combinado, sin perjuicio claro está, de las relaciones internas entre ambas agencias mayorista y minorista en cuyo ámbito podrá surtir todos sus efectos el pacto de exoneración de responsabilidad alegado por la aquí recurrente. Por último la responsabilidad solidaria frente al consumidor de las agencias mayorista y minorista resulta igualmente de la aplicación del art. 27.2 LGDCU.

Por todo lo expuesto resulta procedente la confirmación íntegra de la sentencia recurrida.

QUINTO. Procede imponer las costas del presente recurso a las partes apelantes en virtud de lo dispuesto en el art. 398 LEC.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de SM. el Rey.

FALLAMOS

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Jesús Carlos (como DIRECCION000 de la Agencia de Viajes LAGO) así como el presentado por la representación de VIAJES SOLTOUR SA., contra la Sentencia dictada por el JDO. 1. INST. E INSTR. NÚM. 2 DE TUI, en fecha 3 de mayo de 2002, en los autos de menor cuantía núm. 13/00, debemos confirmar y confirmamos la expresada sentencia recurrida, imponiendo las costas a las partes apelantes.

Con testimonio de esta resolución, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, por quien se acusará recibo.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.